

Prescrição em perspectiva ou virtual: um mal ainda necessário para a racionalização da atividade judicial

Autor: Paulo Afonso Brum Vaz

Desembargador Federal Diretor da
Escola da Magistratura do TRF da 4ª
Região

Publicado na Edição 25 - 29.08.2008

Tenho me debruçado sobre o grave problema da prescrição penal e sua incidência que considero patológica. Estatisticamente considerado, o fenômeno prescritivo, que registra índices elevados, impõe uma reflexão mais profunda sobre a eficiência e a funcionalidade do direito penal, sobretudo quando se sabe que os vetores jurisprudenciais apontam para o reconhecimento de novas teses favoráveis à prescritibilidade. Cumpre ao Poder Judiciário, que tem, em boa medida, parcela de contribuição para a delonga (demora, atraso ou lentidão) que aperfeiçoa os prazos legais prescricionais, encontrar soluções para conferir mais agilidade ao processo penal. Prescrição é impunidade, tutela penal inexistente e violação do dever estatal de proteção dos cidadãos. Exacerba, ademais, o senso vigorante de que a justiça criminal é ineficiente.

Enquanto não se encontram as soluções, seja do ponto de vista legislativo, como, por exemplo, a agilização do processo penal, o aumento dos prazos prescricionais e o fim da prescrição retroativa, seja sob o enfoque da administração da justiça, com a adoção de uma política criminal que contemple mecanismos que possam reduzir o tempo da persecução penal, remanesce a prescrição em perspectiva como instrumento de irrefutável importância para melhor administrar-se o problema do tempo no processo penal.

Também chamada de prescrição virtual ou projetada, é instituto de aceitação restrita nos tribunais (o STF e o STJ não a admitem),(1) mas, inegavelmente, tem o condão de evitar o “trabalhar para nada”, possibilitando que os esforços sejam canalizados aos processos úteis.

A prescrição em perspectiva leva em conta o quantitativo de pena presumida para o caso de condenação. Faz-se uma projeção de eventual reprimenda penal que resultaria aplicada em caso de condenação e, com base nesta pena (virtual), examinam-se os lapsos temporais nos exatos termos em que se aplica a prescrição retroativa.

Trata-se de instituto destinado a regular situações excepcionais. A premissa fundamental para que se reconheça a prescrição em

perspectiva ou virtual é a segurança de que a pena não vai exceder ao limite necessário para que não ocorra a prescrição retroativa. Isso demanda um juízo hipotético de dosimetria da pena. Se margem de dúvida sobrevier, não se deve reconhecer a prescrição. A dosimetria, diga-se de passagem, cada vez mais se aproxima de uma operação meramente matemática. Tem-se hoje tabelas de vetoriais do art. 59 do CP, de continuidade delitiva, de acréscimo de atenuantes e agravantes, de causas de aumento e de diminuição (em relação às quais sou crítico) e, sobretudo, a jurisprudência que, efetiva e praticamente, dirige as operações do juiz na fixação da pena. Assim, cada vez mais, a dosimetria deixa de conter discricionarismos, para refletir uma operação vinculada. É essa vinculação, ainda que relativa, que autoriza um prognóstico com quase certeza sobre a futura pena a ser impingida ao réu.

Concebida por criação jurisprudencial, a prescrição em perspectiva encontra no argumento da ausência de fundamento legal e na incerteza quanto à futura pena a ser aplicada a base da resistência jurisprudencial hoje dominante.**(2)**

Não se vislumbra relevância na alegativa de ausência de previsão legal. Se em qualquer momento do processo se pode, num juízo antecipado de condenação, antever-se, sem margem de dúvida, que ocorrerá a prescrição, parece claro que a ação penal padece da ausência de justa causa para o seu prosseguimento, devendo ser extinta sem exame de mérito. Com efeito, o revogado art. 43 do Código de Processo Penal continha expressa autorização para se pôr fim a uma persecução penal sem possibilidade de êxito diante do presumido desinteresse do Estado no exercício do jus puniendi. Ausência de justa causa e falta de condições para a deflagração da ação penal são fundamentos bastantes para a extinção do processo.

Com a reforma do Código de Processo Penal, dentre outros objetivos, pretende-se tornar os procedimentos mais expeditos. Manipulam-se duas técnicas concretamente operacionalizadas no texto da nova Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, a saber: (1) de sumarização, ou seja, de encurtamento dos procedimentos, revelada pela introdução dos ritos sumário e sumaríssimo, mais enxutos e temporalmente encurtados (§ 1º do art. 394), e (2) de eliminação “ab ovo” ou “ab initio” de processos desnecessários, com a possibilidade de o juiz rejeitar a denúncia ou queixa, quando for inepta, faltar pressuposto processual, condições para o exercício ou justa causa para a ação penal (art. 395, I a III); a previsão da oportunidade de o denunciado apresentar defesa prévia ao recebimento da denúncia (arts. 396 e 396-A), e ainda a possibilidade conferida ao juiz de exercitar a chamada absolvição sumária (art. 397). Dentre os fundamentos da absolvição sumária, está a extinção da punibilidade do agente (art. 397, IV). Para cumprir esse desiderato do legislador reformista, é

curial que o Poder Judiciário, diante do caso de iminente prescrição com base na condenação e na pena estimadas, lance mão desse verdadeiro arsenal de instrumentos legais voltados a impedir que tenha curso um processo inútil.

A autorização legal, ademais, se insistirmos em ignorar esses dispositivos legais, deve ser haurida do sistema normativo. Basta trabalhar com os conceitos de jurisdição penal útil e com os postulados do ideário funcionalista que presidem o Direito Penal moderno. Não tem o menor sentido, violando, sobretudo, os princípios do devido processo legal, da efetividade da jurisdição, da instrumentalidade do processo e da razoabilidade, impulsionar um processo-crime, com todo o dispêndio que representa para o Estado e todo o prejuízo que acarreta ao réu, quando, de antemão, com segurança plena, se pode vislumbrar que eventual condenação, pelo quantitativo de pena projetada, fatalmente levaria ao reconhecimento da prescrição retroativa. É imperioso reconhecer que ao dominus litis falece interesse de agir, por total ausência de utilidade prática no prosseguimento do processo-crime. Ausente essa condição da ação, no exame perspectivo que se opera initio litis, preferentemente, ou em qualquer outra fase do processo, nenhum ato processual (inútil) poderá ser praticado. O caminho insular será o reconhecimento da falta de interesse e a conseqüente extinção do processo sem exame de mérito com fundamento na prescrição virtual.

Nesse sentido, atrelando os princípios da doutrina funcionalista aos do Estado Democrático de Direito e aludindo à tendência de intervenção mínima do Direito Penal moderno, refere MACHADO ser indispensável que o aspecto comunicativo-simbólico da força puniendi do Estado esteja presente quando da verificação de uma sentença penal condenatória. E assevera o citado autor que,

“na hipótese de essa função não estar mais presente pela perda do valor simbólico do fato cometido e de sua conseqüente penalização pelo transcurso do tempo, materializado pelo desaparecimento da necessidade da pena, qualquer processo penal em trâmite ou futura imposição de condenação que não redundará na efetiva aplicação da lei penal constitui-se como atentado à dignidade humana”.**(3)**

Mesmo que se estivesse diante de um caso de ausência de expressa autorização legal, apenas para argumentar, não se deve olvidar que a jurisdição não tem sua atuação exclusivamente vinculada aos textos de lei. O juiz não é apenas a boca da lei. Atua numa perspectiva mais ampla. A jurisdição contempla forte carga de análise crítica da própria atuação do legislador e de confrontação da legitimidade dessa atuação no sentido da implementação dos valores constitucionais. À jurisdição, em qualquer campo de atuação do direito, num Estado que se diz Democrático de Direito, não é dado privilegiar o princípio

da legalidade em detrimento do sistema de proteção e de garantias do acusado em processo-crime e tampouco impor à sociedade uma falsa promessa de tutela penal.

Dizer que a prescrição em perspectiva viola o princípio da presunção de inocência, na medida em que tem como pressuposto uma condenação inexistente, é olvidar que o quantum de condenação (virtual) é levado em conta apenas para o fim de possibilitar a extinção da punibilidade, ou seja, para beneficiar o réu. O princípio em questão somente é invocável para evitar prejuízos ao réu, o que não ocorre na hipótese de reconhecimento da prescrição. Não se pode ignorar, ademais, que, diante do reconhecimento da prescrição, não há direito subjetivo do réu a um exame de mérito, vale dizer, a um exame que possa levar a um juízo absolutório.**(4)**

Possibilitando a extinção antecipada de processos sem qualquer relevância prática, com resultado já previamente conhecido e sem significação para a tutela penal ou qualquer outro fim de interesse ao direito penal, impede-se que o réu seja submetido, desnecessariamente, ao estigma subjacente ao processo-crime, que representa, por si só, uma pena processual. LOPES JR. ensina que o "processo penal encerra em si uma pena (la pena de banquillo), ou conjunto de penas se preferirem, que, mesmo possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra(m) seu preço e sofre(m) um sobrecusto".**(5)** Que dizer então de um processo penal inútil, que se desenvolve apenas com o fim de estigmatizar o réu, pois funcionalmente não tem qualquer outra atribuição.

Reflete ilegal submissão da pessoa a constrangimento a deflagração de uma ação penal natimorta. Fere o valor máximo da dignidade da pessoa humana, que deve nortear a interpretação e a aplicação de todas as demais regras e princípios do ordenamento jurídico, a impingência ao réu de um processo-crime sem sentido prático, para ele e para a sociedade, destinatária final que é da tutela penal.

É senso comum o forte apelo constitucional que tem impregnado o Direito Penal moderno. Dignidade da pessoa, razoabilidade e proporcionalidade são princípios-valores radicados no constitucionalismo que informam toda a ordem jurídica, norteando a atuação legislativa, a exegese e a aplicação de princípios e normas penais. Impõem, neste talvegue, uma releitura sistêmica do Direito e do Processo Penal. Devido processo legal é também o processo que possa conduzir a um resultado útil à sociedade e o conseqüente resgate da confiança (violada pela prática do delito) no sistema estatal de segurança, e não apenas represente um arremedo procedimental ultrajante para o réu. Ao princípio da obrigatoriedade, v.g., deve-se agregar uma condicionante: a ação penal somente pode ser deflagrada se revelar, de plano, aptidão para produzir os

resultados concretos previstos na lei; para ser justa a causa que autoriza a propositura da ação penal, de igual sorte, a latere dos pressupostos legais, necessita também conter a potencialidade para conduzir a um juízo condenatório cuja pena seja passível de execução. Esses apanágios, por certo, não estão presentes quando o decurso de tempo e o previsível quantitativo de pena infligida autorizem a previsão segura de que, no máximo, ter-se-á que reconhecer a extinção da pretensão punitiva obsequiando a prescrição.

Não se pode, ademais, olvidar a função instrumental do processo penal em relação ao Direito Penal. Com efeito, se o processo é o caminho necessário e inafastável para a aplicação de qualquer pena, e se pena efetiva não se terá, fica o processo despido desse desiderato, vale frisar, possibilitar a válida aplicação da pena e, por consequência, viabilizar se concretizem seus fins mais relevantes de prevenção-integração e proteção dos bens jurídicos violados.

Invocando o princípio da duração razoável do processo penal (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição), MACEDO leciona que, com “a adoção da tese da prescrição em perspectiva, é fora de dúvida que se dará maior efetividade ao comando constitucional discutido, tanto do plano específico quanto do plano genérico”.**(6)** E explica o referido autor:

“Na primeira hipótese, porquanto aquele determinado processo que for atingido pelo instituto epigrafado terá uma tramitação mais célere, havendo a possibilidade de sequer ser iniciado, garantindo ao réu o seu direito de ser julgado num tempo razoável; e, na segunda hipótese, porque com o reconhecimento da prescrição em perspectiva nos processos inúteis abrir-se-á espaço para que os processos com probabilidade de condenação sejam julgados em tempo hábil”.**(7)**

Vale lembrar também, porque a jurisdição é função do Estado, dos princípios da moralidade e da eficiência administrativa (art. 37 da Constituição), que desaconselham se desenvolva um processo sem qualquer proveito prático. Nessa perspectiva, invoca-se o utilitarismo e o consequencialismo econômico como variáveis da justiça penal.

A prescrição penal, é sabido, coloca sempre o direito penal como um remédio pior do que a doença (crime: conduta indesejada). Prescrita a pretensão punitiva ou executória (esta última hipótese ainda pior), tem-se o crime impune e uma adicional desvantagem para o Estado (sociedade organizada): o custo social e econômico do processo. A prescrição virtual coloca-se como instrumento para atenuar esse custo.

O raciocínio consequencialista econômico é uma variável que, embora melhor se adapte à jurisdição civil, não pode ser olvidado pelo Direito Penal e, de rigor, por nenhum ramo das ciências sociais. A latere da análise utilitarista, que tem maior capacidade de integração da valoração de direitos, liberdades e garantias, a análise da eficiência econômica do Direito Penal impõe-se como um instrumento destinado a evitar que os prejuízos da persecução penal não sejam superiores aos causados pelo delito.**(8)**

Um processo em que se reconhece, depois de dispendiosa tramitação, a prescrição penal é um ônus sem bônus. Os custos desse processo superam as vantagens sociais. Se é certo que no custo/benefício do processo penal se deve inserir também as variáveis liberdade, dignidade, presunção de inocência etc, não menos certo é que, se nenhuma destas é relegada, não se pode olvidar da variável econômica, intrínseca a todos os fenômenos relevantes no âmbito jurídico-penal.

Conquanto exista dissenso na jurisprudência dos tribunais superiores acerca da aplicação da prescrição pela pena ideal, já é possível detectar-se uma tendência de alteração desse entendimento, ao menos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Exemplo disso são as recentes decisões:

“PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. TENTATIVA. ART. 171, CAPUT E § 3º C/C O ARTIGO 14, INC. II, DO CÓDIGO PENAL. LONGO PERÍODO DE TEMPO TRANSCORRIDO DESDE A DATA DO FATO EM TESE DELITUOSO. INÉRCIA DO PODER PUNITIVO DO ESTADO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. 1. (...). 2. In casu, o fato descrito na peça acusatória ocorreu em dezembro de 1999 (há quase oito anos) sem que até o momento tenha sido recebida a denúncia. 3. Considerando o lapso temporal transcorrido, a prescrição fatalmente incidirá sobre a pena aplicada em eventual sentença condenatória, faltando interesse processual na continuidade do feito. 4. A prescrição pela pena em perspectiva, embora não prevista na lei, é construção jurisprudencial tolerada em casos excepcionalíssimos, quando existe convicção plena de que a reprimenda aplicada não poderá evitar a extinção da punibilidade dos acusados. 5. Rejeição da denúncia, com apoio no artigo 43, inciso II, do CPP, em face da prescrição” (4ª Seção, Inquérito n. 2006.04.00.000941-8/PR, j. 17.05.2007, D.E. 30.05.2007, Rel. p/ o acórdão Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro).

“PROCESSO PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304, C/C ART. 299, AMBOS DO CP). PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (ARTS. 5º, LXXVIII, E 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). É cabível o

reconhecimento da prescrição em perspectiva, em casos excepcionais, quando evidente que o prosseguimento da ação penal redundará em nada. Tanto a persecução penal, como a prestação jurisdicional, espécies do gênero das ações estatais, pautam-se pela observância ao princípio constitucional da eficiência (artigos 5º, LXXVIII, e 37, caput, da Constituição Federal)” (4a Seção, Embargos Infringentes n. 2007.72.04.001453-9/SC, j. 19.06.2008, D.E. 07.07.2008, Rel. p/ o acórdão Des. Federal Paulo Vaz).

A partir desses fundamentos, por todos os ângulos que se examine a questão, não se vislumbra justificativa razoável, juridicamente moral e ética, a conferir autorização para que um processo penal seja instaurado ou impulsionado sem que haja uma possibilidade, ainda que remota, de se chegar a um desfecho punitivo (ou executável) ao réu. Seria mesmo mero e demasiado apego a um formalismo contraproducente e contrário aos postulados do Estado Democrático de Direito. A irracionalidade contida na atuação penal desnecessária e meramente simbólica induz à crença de que o sistema de justiça criminal é ineficiente.

Notas

1. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente repellido o instituto da prescrição antecipada (HC nº 66.913-1/DF, Min. Sydney Sanches, DJ 18.11.88 e RHC nº 76.153-2/SP, Min. Ilmar Galvão, DJ 27.03.98). Da mesma forma, o STJ (REsp nº 200601949605/RS, Min. Gilson Dipp, DJU 29.06.2007).

2. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TERGIVERSAÇÃO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, VIRTUAL OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A teor dos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto tem como pressuposto o trânsito em julgado da condenação para a acusação, faltando amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. 2. Ordem denegada” (STJ, Habeas Corpus nº 200301616937/SP, 6a Turma, DJU 13.12.2004, p. 460, Relator Min. Hamilton Carvalhido).

3. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 197.

4. Súmula n. 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

5. LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 7.

6. MACEDO, Igor Teles Fonseca de. **Prescrição virtual ou em perspectiva.** Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 138.

7. Idem, ibidem.

8. Consultar sobre o tema SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal.** Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2004.

<img src="../"